

BREVES APUNTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL COMPLIANCE OFFICER



Juan Carlos Velasco Perdigos

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Civil
Facultad de Derecho. Universidad de Cádiz. juancarlos.velasco@uca.es

I. PROLEGÓMENOS

La responsabilidad penal de la persona jurídica y la cultura ética corporativa han propiciado la génesis de un nuevo perfil profesional carente de reglamentación: el oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer*. Las corporaciones, cada vez más, requieren los servicios especializados de Compliance, obligando al sistema jurídico-privado a afrontar nuevos retos.



La presente exposición tiene como objetivo ofrecer un boceto general de mi tesis doctoral titulada *La responsabilidad civil del compliance officer que defendí el pasado 28 de septiembre de 2021, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz.*

II. GÉNESIS DE LA TEMÁTICA

El origen de la tesis doctoral se remonta a mi ejercicio profesional como abogado en el año 2011. Un año antes había entrado en vigor en España la reforma del Código Penal que instauraba, por primera vez, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, poniéndose fin al clásico aforismo del *societas delinquere non potest*. Los despachos profesionales comenzaban a asesorar a empresas y entidades en el ámbito del naciente art. 31 bis CP, con el objetivo principal de servir para la exoneración o atenuación de una eventual condena. A partir de entonces, se forjaba en España una nueva realidad social y profesional: la cultura del *Compliance* y del oficial de cumplimiento normativo.

Desde la doctrina penalista y procesalista empezaron las dudas y discusiones sobre este

novedoso marco jurídico. La doctrina civilista, al margen no tenía ocasión para plantearse cómo han de ser los aspectos jurídico-privados de la relación de *Compliance* y la responsabilidad civil de aquellos que nos dedicábamos a asistir a las corporaciones en el establecimiento de una cultura ética corporativa, pretendiendo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 31 bis CP. Una eventual negligencia en la prestación de los servicios profesionales podría desencadenar en un proceso penal contra la persona jurídica y, en muchas ocasiones, en un daño irreparable.

La complejidad del art. 31 bis y la falta de claridad del precepto llevó al legislador a modificar nuevamente el CP mediante la Ley Orgánica 1/2015. A pesar de esta nueva reglamentación, los interrogantes que se circunscriben a la órbita estrictamente civil no quedaban aclarados. Esto me llevó a profundizar en el nuevo perfil profesional, una figura de hecho, más que de derecho, pues se ponía en práctica por abogados, economistas, auditores, sin una regulación clara. Estos hechos mostraron el afianzamiento profesionalmente en España del oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer*. Con objeto de escrutar de forma concienzuda sobre el perfil, cursé el Master en *Compliance Officer* por la Universidad Isabel I de Castilla (Burgos). Como consecuencia de ello, pude adentrarme en la profesión e iniciar el bosquejo de la estructura de la relación jurídica (entre el oficial de cumplimiento normativo y la persona jurídica) y a cuestionar su eventual responsabilidad.

Durante el desarrollo de la investigación doctoral, permanecieron dudas y surgieron otras nuevas preguntas y problemas relativos a la cultura del *Compliance* y a las funciones del órgano de cumplimiento. Así, inicié el Curso de Experto en Cumplimiento Normativo por la Universidad de Granada, dándome cuenta de que el objeto de la tesis no era nada sencillo. Además, se unía un complejo marco de fuentes ajenas a la disciplina civil: normas penales, circulares de la FGE,

normas de estandarización nacional e internacional (UNE e ISO), literatura científica (especialmente de penalistas y procesalistas) y la naciente jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

Para afrontar la tarea con solvencia, ya contaba con cierta formación en disciplinas propias del ordenamiento privado, pues había cursado el Master en Responsabilidad Civil por la Universidad de Granada y otro en Derecho de Seguros por la Universidad Nacional de Educación a Distancia; complementos académicos que consideraba propicios para el buen éxito del tema que se exhibe.

III. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

El objeto de la investigación ha sido intentar configurar, construir, el sistema de responsabilidad civil del oficial de cumplimiento normativo, a partir del ordenamiento jurídico español. Esto es, pretender dar solución a un problema futuro sobre la base de las fuentes de nuestro vigente sistema jurídico. Para poder alcanzar el objeto principal, se han propuesto los siguientes objetivos específicos:

- i) Profundización en el perfil profesional del *compliance officer* a través del ordenamiento jurídico y de la literatura científica, concretamente desde las disciplinas penal y procesal-penal.
- ii) Determinación de la naturaleza y las particularidades de una eventual relación jurídica entre los demandantes de la implantación de una cultura ética corporativa en los términos del art. 31 bis CP y quienes ofrecen tales prestaciones cualificadas.
- iii) Proposición de un hipotético contenido contractual extrayendo las funciones de *Compliance*, así como la calificación de la naturaleza de las obligaciones a las que puede comprometerse el oficial de cumplimiento normativo, además de sus efectos, para posteriormente determinar el sistema de responsabilidad contractual.
- iv) Deslindar la naturaleza de la

responsabilidad civil del profesional, establecer los presupuestos previos y buscar la solución a supuestos fronterizos de responsabilidad contractual y extracontractual.

v) Configuración de los elementos comunes que componen la responsabilidad civil, adentrándonos en las peculiaridades más destacadas: daño resarcible y tipología; relación causal e intervención y, los criterios exigibles para la atribución de responsabilidad.

La dificultad más patente a la hora de desarrollar la investigación ha sido la carencia de una regulación jurídica clara de la figura profesional. El art. 31 bis CP se convertía en la única fuente de origen legal que habilita a una persona con poderes autónomos de iniciativa y control con funciones de supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos preventivos implantados en una organización. Será la Circular 1/2016 FGE la que determine que esa persona con poderes autónomos a la que se refiere el art. 31 bis CP es sea el denominado oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer*.

Así, la fuente de partida ha sido el art. 31 bis CP. Este precepto contiene el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y los elementos precisos para la exención o, en su caso, la atenuación de una eventual condena. De la redacción de este se han de destacar, al objeto de nuestro trabajo, dos actuaciones esenciales a llevar a cabo por la persona jurídica: 1) la adopción y ejecución de modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos; y, 2) la encomienda de la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento de los modelos anteriores a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control, o bien, aquel que tenga



legalmente atribuidas tales funciones por la normativa sectorial.

La norma penal no detalla las funciones propias de este naciente perfil profesional, incrementándose la dificultad a la hora de abordar el contenido de una eventual relación jurídica entre la organización y el *compliance officer* y, consecuentemente, la delimitación del incumplimiento dañoso. El sector profesional para afrontar las carencias del ordenamiento jurídico ha recurrido a estándares u orientaciones de carácter voluntario (normas UNE e ISO). Estas orientaciones del sector han facilitado, en parte, la delimitación de las funciones del órgano de *Compliance* y, formular una propuesta de contenido contractual a disposición de los agentes intervinientes, teniendo en cuenta la autonomía de la voluntad y la libertad de pactos.

Aunque el objeto de la tesis doctoral fuera dar respuesta a la responsabilidad civil del *compliance officer* a partir del ordenamiento jurídico español, tuve interés en conocer cómo habían solucionado los problemas que me planteaba en el ordenamiento italiano, país que contaba con algunos años de experiencia. Así, realicé dos estancias de investigación: una en la Universidad de Bolonia y otra en la Aldo Moro de Bari. El país italiano llevaba cierta ventaja a España en la implantación de la responsabilidad (administrativa) de la persona jurídica, concretamente desde el año 2001.

Mediante el *Decreto Legislativo 231/2001 su la Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni* Italia ha establecido en su ordenamiento la responsabilidad administrativa de la persona jurídica. El art. 6 del citado texto presenta importantes similitudes con el art. 31 bis CP. Podría decirse que el legislador español se basó en la norma italiana para llevar a cabo la reforma penal del año 2015, ya que se prevén los dos elementos preponderantes: 1) la necesidad de adoptar un modelo de organización y gestión para la prevención del ilícito; y, 2) que la obligación de vigilar el funcionamiento de éstos se atribuya a

un ente dotado de autonomía, iniciativa y control (denominado *Organismo di Vigilanza*). La diferencia más significativa con respecto al país italiano es que en el ordenamiento español, la responsabilidad de es de naturaleza penal.

A pesar de los años de ventaja, el ordenamiento italiano se encuentra en el mismo estadio que el español. No se ha regulado el sector profesional que se dedica a vigilar el funcionamiento y la observancia de los ya citados modelos preventivos. Durante mi estancia tuve la ocasión de conversar principalmente con el profesor CARLO BERTI, académico reconocido en la disciplina privatista. Este ponía de manifiesto que el *Organismo di Vigilanza* italiano carecía de una regulación propia y que eran muchos los interrogantes que se planteaban respecto a su responsabilidad civil.

IV. LA RELACIÓN JURÍDICA DE COMPLIANCE

La relación jurídica de *Compliance*, a falta de una reglamentación típica, puede incardinarse desde las disciplinas civil (mandato, arrendamiento de obra y de servicios; teorías atípica y mixta), la laboral (contrato de trabajo, técnico de prevención de riesgos laborales) o mercantil (auditoría de cuentas, empresas de servicios de inversión, sociedades cotizadas), así como en otras figuras como el *Data Protection Officer*, en materia de protección de datos personales.

Determinar si se está ante una obligación de medios o de resultado en la relación de *Compliance* puede tornarse compleja debido a la ausencia de regulación legal de estas obligaciones, pasando a depender de los criterios jurisprudenciales que se han ido acuñando a lo largo de la historia. A pesar de la abundante jurisprudencia en esta materia, debe tenerse en cuenta que los tribunales no han tenido ocasión de analizar las particularidades de una relación jurídica tan novedosa como la que aquí se expone. Si bien, se estima que para dar solución en un futuro a los problemas prácticos que plantean las obligaciones de *Compliance*, como señala

CERVILLA GARZÓN en su reciente monografía *Jurisprudencia y Doctrina en torno a las obligaciones de medios*, los Tribunales encontrarán en las tesis sobre las obligaciones de medios y de resultado una herramienta útil para discernir si existe incumplimiento y sus consecuencias jurídicas [también aplicables al ámbito del *Compliance*].

A través de la interpretación del art. 31 bis CP, las directrices de la Fiscalía y la normalización, junto con el ordenamiento general de obligaciones y contratos, complementados con los postulados científicos y jurisprudenciales, se ha podido efectuar una proposición de contenido que oriente al sector en una futura composición de su relación jurídica.

Como ya se adelantaba en mi trabajo titulado *La actividad de gestión del Oficial de cumplimiento: contrato y propuesta de contenido* y publicado en la Revista *Crítica de Derecho Inmobiliario*¹, como no es de otra forma, el contenido contractual parte de la autonomía de la voluntad de las partes y la libertad de pactos, pero ello no limita la posibilidad de establecer una propuesta genérica de contenido que oriente al sector profesional. En este sentido, a partir de las funciones y el fundamento del *Compliance*, se identifican tres bloques de obligaciones de la relación: *i)* las estipulaciones derivadas del fundamento del *Compliance*, *ii)* las derivadas de la función económica y, *iii)* las fundadas en la relación de confianza y buena fe.

Respecto al primer bloque de hipotéticas prestaciones, se encuentran las siguientes: *i)* las relativas a la prevención del riesgo: a) Identificar y evaluar el riesgo, b) Diseñar controles, c) Asesorar y formar; *ii)* referentes a la actividad de supervisión, vigilancia y control de los modelos, y *iii)* sobre los resultados, información y reporte a la dirección o administración.

En relación al segundo y tercer bloque, entre otros, pueden identificarse:

¹Para mayor profundidad, vid. VELASCO PERDIGONES, J.C., «La actividad de gestión del Oficial de cumplimiento: contrato y propuesta de contenido», *RCDI*, núm. 784, 2020, pp. 1264-1274.

i) el pago del precio; *ii)* el deber de información y facilitación de acceso; *iii)* deber de colaboración mutua y dotación de recursos; y *iv)* dotación de autonomía, independencia y evitación de conflictos de intereses.

V. NATURALEZA Y DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL COMPLIANCE OFFICER

La naturaleza de la responsabilidad civil del *compliance officer* se delimita entre la contractual y la extracontractual. En el análisis de los presupuestos para la concurrencia de responsabilidad contractual se identifican algunos supuestos: v.gr. responsabilidad por el diseño, elaboración e implementación de los modelos de organización y gestión; responsabilidad en la gestión de la prevención del riesgo y las obligaciones de supervisión vigilancia y control; responsabilidad por desconocimiento defectuoso, impericia o falta técnica, por violación del deber de sigilo o por infracción del deber de custodia de documentos, entre otros.

La complejidad más llamativa ha sido la búsqueda de solución a las situaciones fronterizas: el daño precontractual o el post-contractual. Para su solución, se recurre al abanico de criterios de solución de las teorías ya elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia (teoría de la absorción, de la opción o concurso de acciones y unidad de culpa civil).

VI. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

i) *Del daño*: Se torna complejo delimitar y clasificar los daños concretos que puede sufrir la persona jurídica. Se han

podido identificar algunos supuestos encuadrables en el daño emergente y en el lucro cesante. Destáquese la importancia del denominado «*daño reputacional*» a las personas jurídicas, un tipo de daño que puede afectar a la honorabilidad y reputación de la corporación como consecuencia de un proceso criminal, pudiendo dar lugar a importantes pérdidas patrimoniales. También resulta interesante la pérdida de oportunidad o de *chance* que puede sufrir la persona jurídica como consecuencia de la acción dañosa del oficial de cumplimiento normativo.

ii) *De la relación de causalidad*: Se estima una de las cuestiones más complejas en el ámbito de la responsabilidad civil, más aún en la del oficial de cumplimiento. La determinación y solución a la causalidad material y jurídica, así como las concausas e intervención en el nexo causal, han sido uno de los interrogantes que más dificultad ha suscitado. Para dar solución a la causalidad material y jurídica, toma como punto de partida las teorías doctrinales existentes: equivalencia, causalidad adecuada y causa más próxima, y a los criterios de imputación objetiva elaborados esencialmente por la doctrina penalista y abordados para la disciplina civil por PANTALEÓN PRIETO. La solución a los problemas que plantea la intervención de una pluralidad de sujetos en el nexo causal se ha fundado en los postulados sobre la mancomunidad y la solidaridad, cuestión que hoy día sigue en el escenario del debate.

iii) *De los criterios de atribución*: La culpa es el elemento más destacable. El problema más patente ha sido la determinación de la culpa, el canon de

diligencia y el modelo de conducta exigible al *compliance officer* en el cumplimiento de sus obligaciones, debido a la ausencia de reglas o normas propias de la profesión. La conclusión sobre la naturaleza de los estándares profesionales (normas UNE e ISO) llevan a considerarlos como elementos orientativos para medir la *lex artis ad hoc*. Sin lugar a dudas, el dolo también resulta de especial relevancia, pero su consecuencia más inmediata se ceñirá al ámbito indemnizatorio *ex art.* 1107 CC.

VII. A MODO DE CIERRE

La responsabilidad civil del oficial de cumplimiento normativo es una cuestión a la que se debe prestar especial atención, desde el ámbito profesional hasta el asegurador. Aunque existan interrogantes sin resolver, hasta que algún día se pronuncien los órganos jurisdiccionales, el trabajo de investigación expuesto abre el camino al sector profesional, proponiéndose, de forma indirecta, soluciones a los interrogantes más demandados de la relación contractual de *Compliance* y de la responsabilidad civil del *compliance officer*.

Por último, para quienes quieran profundizar sobre el tema propuesto, el trabajo de investigación, cuyas líneas solo he esbozado, verá definitivamente la luz en los próximos meses en una de las editoriales jurídicas más reconocidas, con el mejor deseo de que esta investigación sea un pequeño paso para la profesión del *Compliance* y un gran salto para la comunidad científica.

